IN BRIEF

Parliamentary Research Branch
Library of Parliament

Mary C. Hurley
8 September 1999
Revised 13 July 2000

ABORIGINAL AND TREATY RIGHTS

Constitutional Affirmation

By the 1970s, Canadian courts had begun to acknowledge that Aboriginal peoples' occupation of the land from time immemorial gave rise to legal rights not provided for by treaty or statute. The constitutionalization of Aboriginal and treaty rights in 1982 established a new legal framework within which longstanding Aboriginal claims might be addressed. Section 35 of the *Constitution Act, 1982* did not create rights; the provision recognizes and affirms the "existing Aboriginal and treaty rights" of the Aboriginal peoples of Canada, and situates those rights outside the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* with its section 1 limitation clause. The absence of terms defining the rights placed the task of interpreting the scope of section 35 squarely in the judicial sphere.

Judicial Interpretation: Aboriginal Rights

To date, Aboriginal rights cases considered by the Supreme Court of Canada have primarily involved claims to fishing rights in the context of penal charges under various fisheries regulations. These rulings establish general principles, while stressing that the outcome in Aboriginal rights cases depends on findings of fact specific to each case. In 1990, the Court's landmark *Sparrow* decision articulated an initial interpretive framework. *Sparrow* established that: the term "existing" refers to rights that are "unextinguished," or extant; section 35 rights may limit the application of federal and provincial law to Aboriginal peoples, but are not immune from regulation; the Crown must justify any proven legislative infringement of an existing Aboriginal right. Under the *Sparrow* justification test, the Crown must prove that the infringing measures serve a "valid legislative objective" - such as natural resource conservation - and that they are in keeping with the special trust relationship and responsibility of the government vis-à-vis Aboriginal peoples. Further questions to be addressed, depending on the circumstances, include whether the infringement has been minimal, whether fair compensation has been available in a context of expropriation, and whether the affected Aboriginal group has been consulted.

Several 1996 rulings supplemented the *Sparrow* guidelines. In the commercial fishing rights trilogy *Van der Peet*, *Gladstone* and *Smokehouse*, a majority of the Court defined Aboriginal rights as flowing from practices, traditions and customs central to Aboriginal societies prior to contact with Europeans; such practices and traditions must - even if evolved into modern form - have been integral to the distinctive Aboriginal culture. Dissenting justices and others viewed this approach as unduly narrow, and as establishing a heavy burden of proof for Aboriginal claimants to meet. The trilogy also established that the constitutionalization of Aboriginal rights was intended to reconcile the prior occupation of North America by Aboriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty over Canadian territory. In the *Côté* and *Adams* fishing rights decisions, section 35 protection of Aboriginal rights was held not to be conditional on Aboriginal title, or on post-contact recognition of those rights by colonial powers. In *Pamajewon*, a case raising self-government issues in relation to high stakes gambling, the Court ruled that, assuming section 35 covers self-government claims, they are subject to the same analytical framework as other Aboriginal rights claims.

In December 1997, the Court's groundbreaking Aboriginal title ruling in *Delgamuukw* outlined principles applicable to this category of Aboriginal rights claim. Although the decision did not resolve the merits of the case before the Court, *Delgamuukw* confirmed that common law Aboriginal title had been

fully constitutionalized by section 35, and distinguished Aboriginal title from other Aboriginal rights based on the connection it represents between an Aboriginal group and land. The Court saw this aspect as pivotal in determining the scope of Aboriginal rights. These were described as falling along a spectrum, with Aboriginal title representing the broadest entitlement because it confers a right to the land itself.

Having defined criteria for proving Aboriginal title (relatively exclusive occupation prior to Crown sovereignty that has been relatively continuous to the present), the Court outlined a justification test for infringements of Aboriginal title based on general principles established in its previous section 35 decisions. Thus, the range of legislative objectives capable of justifying infringements of Aboriginal title is relatively broad, while the nature of the government's fiduciary duty is determined by the nature of title. The fact that Aboriginal title encompasses the right to exclusive use and occupation of the land is relevant to the degree of scrutiny of the infringing measure or action; the fact that it also encompasses the right to choose how the land is used influences the nature and scope of the Crown's obligation to consult the Aboriginal group(s) whose title is infringed; and the fact that title has an economic component affects the amount of compensation due.

A further noteworthy aspect of the *Delgamuukw* decision concerns its confirmation that courts are required to adapt rules of evidence when adjudicating Aboriginal rights. That is, they must accommodate the oral histories of Aboriginal societies, which may provide the only record of their past, and place such histories on an equal footing with documentary historical evidence.

Judicial Interpretation: Treaty Rights

The Supreme Court of Canada's relatively few section 35 treaty rights decisions to date interpret the scope and modern status of hunting and fishing rights provisions in historic land-related or "peace and friendship" treaties. These questions typically arise, as in Aboriginal rights cases, in relation to penal charges under provincial legislation prohibiting hunting or fishing activities that are claimed, in defence, as treaty rights. And, as in Aboriginal rights cases, the Court has emphasized the importance, in deciding section 35 treaty rights cases, not only of respecting general interpretive principles, but also of a contextual, case-by-case approach.

In its 1996 and 1999 hunting rights decisions in *R.* v. *Badger* and *R.* v. *Sundown*, the Court reviewed applicable principles of treaty interpretation under which:

- treaties are sacred agreements in which exchanges of solemn promises are made and mutually binding obligations created;
- because the honour of the Crown is always at stake in its dealings with Aboriginal peoples, treaty interpretation having an impact on treaty rights must be approached so as to maintain the Crown's integrity, based on the assumption that the Crown intends to fulfil its promises;
- textual ambiguities are to be resolved in favour of Aboriginal peoples, and restrictions of treaty rights narrowly construed, while the Crown bears the burden of strict proof that a treaty right has been extinguished based on evidence of a clear government intention to do so;
- although treaty rights, like Aboriginal rights, are not absolute, it is equally if not more important to justify *prima facie* infringements of treaty rights, in most cases under the test developed by the Court in relation to infringement of Aboriginal rights discussed above;
- treaty rights are specific and may be exercised only by the First Nation(s) that signed the treaty in question.

In the Court's September 1999 fishing rights ruling in *R.* v. *Marshall*, the application of these interpretive principles and factual considerations resulted in confirmation of unextinguished treaty rights for Mi'kmaq and Maliseet First Nations in the Atlantic provinces and Québec and ensuing, persisting controversy as to how and by whom these rights might be exercised.

Unfinished Business

Judicial interpretation of section 35 is still in its relative infancy. Numerous questions as to the scope of "existing Aboriginal and treaty rights" remain to be resolved. Issues relating to Aboriginal title, such as the timing and extent of governments' duty to consult Aboriginal peoples, to the scope of governmental authority to regulate the exercise of

103-04878/

treaty rights, to the inherent right of self-government, and other matters of fundamental concern to Aboriginal peoples, come before Canadian courts with regularity.

The question of how expansive section 35 protection must be in order to foster a just settlement for Canada's Aboriginal peoples remains a subject for debate. Some take the view that a broad approach may lead to inequality of treatment among Canadians, or other consequences perceived as negative from a public policy perspective. Others are concerned that a narrow approach by government or the judiciary risks stripping the constitutionalization of Aboriginal rights of substantive effect. These issues are likely to continue to be raised in the political and judicial spheres for some time to come.

Selected References

Allain, Jane May. *Aboriginal Rights*. CIR 89-11E. Parliamentary Research Branch, Library of Parliament, Ottawa.

Allain, Jane May. *Aboriginal Fishing Rights: Supreme Court Decisions*. BP-428E. Parliamentary Research Branch, Library of Parliament, Ottawa, October 1996.

Hurley, Mary C. *Aboriginal Title: The Supreme Court of Canada Decision in Delgamuukw* v. *British Columbia*, BP-459E. Parliamentary Research Branch, Library of Parliament, Ottawa, revised February 2000.

EN BREF

Direction de la recherche parlementaire
Bibliothèque du Parlement

Mary C. Hurley
Le 8 septembre 1999
Révisé le 13 juillet 2000

LES DROITS ANCESTRAUX ET LES DROITS ISSUS DE TRAITÉS DES AUTOCHTONES

Confirmation constitutionnelle

Dans les années 70, les tribunaux canadiens ont commencé à reconnaître que l'occupation des terres par les peuples autochtones depuis des temps immémoriaux leur conférait des droits juridiques qui n'étaient pas prévus dans des traités ni dans des lois. La constitutionnalisation des droits ancestraux et des droits issus de traités en 1982 a créé un nouveau cadre juridique pour l'examen des revendications autochtones de longue date. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle* de 1982 n'a pas créé de droits; elle ne fait que reconnaître et confirmer les « droits existants – ancestraux ou issus de traités – » des peuples autochtones du Canada. Le texte précise en outre que ces droits ne sont pas assujettis à la *Charte canadienne des droits et libertés,* et plus particulièrement à la clause limitative qu'est l'article premier. Vu l'absence de définition des droits, il revenait manifestement aux tribunaux d'interpréter la portée de l'article 35.

Interprétation juridique : Droits ancestraux

Les causes étudiées par la Cour suprême du Canada jusqu'à maintenant ont porté dans une large mesure sur les revendications des Autochtones en ce qui concerne les droits de pêche, dans le contexte d'accusations portées aux termes de divers règlements sur les pêches. On s'est attardé, dans les décisions rendues, à préciser les principes généraux, tout en soulignant que le dénouement de chaque cause touchant les droits ancestraux dépend des faits de l'espèce. En 1990, l'arrêt *Sparrow,* qui fait jurisprudence, a établi un cadre initial d'interprétation. La Cour a alors déterminé que, pour ce qui est des droits, le mot « existants » signifie « non éteints ». Même si les droits conférés par l'article 35 peuvent limiter l'application des lois fédérales et provinciales aux peuples autochtones, il ne faut pas en déduire que ces derniers ne sont pas assujettis à la réglementation gouvernementale. Cependant, la Couronne doit démontrer que toute atteinte, par la voie législative, à un droit autochtone existant est justifiée. Du fait de ce critère, la Couronne doit donc prouver que les mesures qui portent atteinte au droit visent un « objectif législatif valide » – comme la conservation de richesses naturelles – et qu'elles respectent la responsabilité et l'obligation spéciale de fiduciaire du gouvernement fédéral envers les peuples autochtones. Pour trancher la question, il faut aussi déterminer, suivant les circonstances, si l'atteinte a été minime, si une indemnisation juste a été accordée (dans les cas d'expropriations) et si le groupe autochtone touché a été consulté.

Plusieurs décisions rendues en 1996 sont venues compléter les lignes directrices découlant de l'affaire *Sparrow*. Dans la trilogie d'arrêts portant sur le droit de pêcher à des fins commerciales (*Van der Peet, Gladstone* et *Smokehouse*), la majorité des juges de la Cour a défini les droits ancestraux comme des droits découlant de pratiques, de traditions et de coutumes qui étaient fondamentales pour les sociétés autochtones avant l'arrivée des Européens. Pour être reconnues comme droits ancestraux, ces pratiques et traditions doivent – même si elles ont évolué et pris des formes modernes – avoir fait partie intégrante de la culture distinctive des peuples autochtones. Les juges dissidents et d'autres ont estimé que cette définition est trop limitative et qu'elle impose un lourd fardeau de la preuve aux demandeurs autochtones. Dans cette trilogie, la Cour a également établi que la constitutionnalisation des droits ancestraux était destinée à concilier l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur le territoire canadien. Dans les arrêts

Côté et *Adams* sur les droits de pêche, la Cour a jugé que la protection des droits ancestraux aux termes de l'article 35 ne dépend ni des titres autochtones ni de la reconnaissance de ces droits par les puissances coloniales après l'arrivée des Européens en Amérique du Nord. Dans l'affaire *Pamajewon*, qui soulevait des questions d'autonomie gouvernementale en ce qui concerne les jeux d'argent aux enjeux élevés, la Cour a statué qu'en présupposant que l'article 35 s'applique aux revendications touchant l'autonomie gouvernementale, ces dernières sont assujetties au même cadre analytique que les autres revendications de droits autochtones.

En décembre 1997, la Cour a rendu l'arrêt *Delgamuukw*, qui fait jurisprudence relativement au titre aborigène. Elle a alors précisé les principes s'appliquant à cette catégorie de revendication de droits ancestraux. Même si la Cour ne s'est pas prononcée sur le fond dans sa décision sur cette affaire, elle a confirmé que l'article 35 avait constitutionnalisé dans sa forme complète le titre aborigène en common law et qu'il existait une distinction entre le titre aborigène et les autres droits ancestraux, parce qu'il naît du rapport entre un territoire et un groupe. La Cour a jugé que le degré de rattachement avec le territoire est déterminant pour établir la portée des droits ancestraux, qu'elle a situés dans un spectre. À une extrémité du spectre, il y a le titre aborigène, qui confère le droit le plus vaste, soit le droit au territoire même.

Après avoir défini les critères servant à prouver le titre aborigène (occupation relativement exclusive du territoire avant l'affirmation de la souveraineté de la Couronne sur celui-ci, occupation qui s'est poursuivie de façon relativement continue jusqu'à nos jours), la Cour a exposé les critères justifiant une atteinte à ce titre, suivant les principes généraux établis dans ses décisions antérieures relatives à l'article 35. Les objectifs législatifs pouvant être invoqués pour porter atteinte au titre aborigène sont donc relativement vastes, alors que la nature de l'obligation de fiduciaire du gouvernement est fonction de la nature du titre. Le fait que le titre aborigène englobe le droit d'utiliser et d'occuper en exclusivité les terres est pertinent lorsque vient le temps de déterminer le degré d'examen requis à l'égard de la mesure ou de l'intervention causant l'atteinte; le fait que ce titre englobe également le droit de choisir comment les terres seront utilisées influe sur la nature et la portée de l'obligation de la Couronne de consulter le ou les groupes autochtones touchés par l'atteinte; et le fait que le titre comporte une dimension économique influe sur le montant de l'indemnisation à accorder.

À souligner également que la Cour a confirmé, dans l'arrêt *Delgamuukw*, que les tribunaux sont tenus d'adapter les règles de preuve quand ils établissent des droits ancestraux. En l'occurrence, ils doivent accepter les récits oraux des sociétés autochtones, récits qui quelquefois sont les seuls témoignages de leur passé, et leur accorder la même importance que les documents historiques présentés en preuve.

Interprétation juridique : Droits issus de traités

Les quelques décisions qu'a rendues la Cour suprême du Canada concernant les droits issus de traités au sens de l'article 35 définissent la portée et l'interprétation à donner maintenant aux droits de pêche et de chasse prévus dans les traités historiques relatifs au territoire ou « de paix et d'amitié ». D'habitude, comme dans les affaires touchant les droits ancestraux, ces décisions sont rendues après que des accusations de nature pénale ont été portées, en vertu de la législation provinciale, relativement à des activités de chasse ou de pêche. Les accusés font valoir, à l'égard de ces activités, des droits issus de traités. Et, comme dans les affaires touchant les droits ancestraux, la Cour fait ressortir l'importance non seulement de respecter les principes généraux d'interprétation, mais aussi de tenir compte du contexte dans chaque cas.

Dans les arrêts *R.* c. *Badger* et *R.* c. *Sundown* qu'elle a rendus en 1996 et 1999 touchant les droits de chasse, la Cour a examiné les principes applicables d'interprétation des traités selon lesquels :

- Le traité est un accord sacré, un échange de promesses solennelles qui crée des obligations réciproques.
- Parce que l'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsqu'elle traite avec les Autochtones, les traités qui ont une incidence sur les droits issus de traités doivent être interprétés de manière à préserver l'intégrité de la Couronne. Il faut toujours présumer que cette dernière entend respecter ses promesses.
- Toute ambiguïté dans le texte du traité doit profiter aux Autochtones et toute limitation ayant pour effet de restreindre les droits qu'ont

ceux-ci en vertu des traités doit être interprétée de façon restrictive. Il appartient à la Couronne de prouver qu'un droit issu de traité a été éteint, en se fondant sur la preuve de l'intention claire et expresse du gouvernement d'éteindre ce droit.

- Bien que les droits issus de traités, à l'instar des droits ancestraux, ne soient pas absolus, il est tout aussi important, sinon plus, de justifier les atteintes *prima facie* aux droits issus de traités, le plus souvent en appliquant le critère formulé par la Cour dans le cas de la violation des droits ancestraux dont il a été question plus haut.
- Les droits issus de traités ont un caractère spécifique et ils ne peuvent être exercés que par la Première nation signataire du traité en cause.

Dans l'arrêt *R.* c. *Marshall* concernant les droits de pêche que la Cour a rendu en septembre 1999, l'application de ces principes d'interprétation et de ces considérations de fait a confirmé que des droits conférés par traité aux Premières nations mi'kmaq et maliseet des provinces de l'Atlantique et du Québec n'étaient pas éteints. Il s'en est suivi une controverse qui persiste sur la façon dont ces droits peuvent être exercés et par qui.

Questions en suspens

L'interprétation juridique de l'article 35 est assez récente. De nombreuses questions se posent encore au sujet de la portée des « droits ancestraux et des droits issus de traités qui existent ». Les tribunaux canadiens se penchent régulièrement sur des questions relatives au titre aborigène – le moment où les gouvernements doivent s'acquitter de leur obligation de consulter les Autochtones et l'étendue de cette obligation, l'étendue du pouvoir gouvernemental de réglementer l'exercice des droits issus de traités, le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et d'autres questions d'intérêt fondamental pour les Autochtones.

Il reste à débattre de la mesure dans laquelle la protection accordée par l'article 35 doit être vaste pour mener à un règlement juste pour les peuples autochtones du Canada. Certains estiment qu'une protection large pourrait donner lieu à un traitement qui ne serait pas égal parmi les Canadiens et Canadiennes ou entraîner d'autres conséquences négatives du point de vue de la politique gouvernementale. D'autres craignent que l'adoption d'un point de vue plus étroit par le gouvernement ou le pouvoir judiciaire n'enlève toute signification aux droits ancestraux reconnus dans la Constitution. Il est probable que ces questions demeureront pendant un certain temps encore des sujets de discussion dans les milieux politiques et judiciaires.

Bibliographie Sélective

Allain, Jane May. *Les droits des autochtones*. Bulletin d'actualité 89-11F. Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Direction de la recherche parlementaire.

Allain, Jane May. *Les droits de pêche ancestraux : Arrêts de la Cour suprême*. BP-428F. Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Direction de la recherche parlementaire, octobre 1996.

Hurley, Mary C. *Titre aborigène : La décision de la Cour suprême du Canada dans Delgamuukw c. Colombie-Britannique*. BP-459F. Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Direction de la recherche parlementaire, révisé en février 2000.